

Comentarios a la Observación General No. 5 sobre el Derecho a la Libertad Personal de los Migrantes y su Protección en contra de la Detención Arbitraria

14 de noviembre de 2020

Preámbulo

Desde *Kids in Need of Defense* (KIND) agradecemos la oportunidad del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de Naciones Unidas (en lo sucesivo, “el Comité”), para hacer llegar comentarios finales al proyecto de Observación General No. 5 sobre el derecho a la libertad personal de los migrantes y su protección en contra de la detención arbitraria.

KIND es una organización internacional sin fines de lucro dedicada a proteger y promover los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados a través de la incidencia, la capacitación y la defensa legal. Desde 2009 les prestamos servicios gratuitos de asesoría y representación legal a través de nuestras oficinas en los Estados Unidos y en asociación firmas de abogados, sociedades, escuelas de derecho y colegios de abogados. Asimismo, trabajamos con organizaciones socias en Centroamérica para atender las causas de la migración infantil y asegurar un retorno y reintegración seguras de la infancia repatriada.

A fin de promover la protección de los derechos de la niñez y adolescencia en situación de migración con base en el principio de interés superior, de 2017 a 2020 hemos ampliado nuestra operación a México y varios países de Europa, donde también prestamos asistencia legal directa y en colaboración con aliados. Ello, al tiempo en que trabajamos con sociedad civil y autoridades de gobierno en la construcción de políticas y prácticas sociales e institucionales encaminadas a lograr nuestra misión institucional: un mundo en el que los derechos y el bienestar de la niñez estén protegidos mientras migran solos en busca de seguridad.

Reconocemos y celebramos el impacto positivo que tendrá en la población infantil y adolescente la labor del Comité para orientar a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales respecto del derecho a la libertad personal de las y los trabajadores migratorios y sus familias.

Como lo ha entendido el Comité, niñas, niños y adolescentes (NNA) se encuentran comprendidos y protegidos por la definición de “familiares” del artículo 4 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares¹. Adolescentes son también destinatarios activos de las protecciones de esta Convención dado que, con frecuencia y derivado del ejercicio progresivo de sus derechos, -incluido el derecho al trabajo en condiciones dignas que aseguren su sano desarrollo²-, son ellas y ellos mismos trabajadores migratorios, ya sea que se

¹ “El término *familiares* se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

² Cfr. Artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Corte IDH. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 15 de julio de 2020, Serie C No. 407, párr. 179, 180.

encuentre acompañadas, separadas o no acompañadas, en los términos definidos por el Comité de los Derechos del Niño³.

En este sentido, presentamos nuestros comentarios desde el enfoque de protección y defensa a los derechos de la infancia adolescencia que es trabajadora migrante y/o familiares de personas trabajadoras migrantes. La intención es contribuir y abonar a las consideraciones y estándares relativos a: la representación legal en la defensa de derechos, la libertad personal y el deber de las autoridades de infancia de los Estados en la protección y realización de los derechos de NNA, ya sea que se encuentren en el territorio de los Estados o bien, en puntos de ingreso u otros espacios o situaciones bajo su jurisdicción⁴.

Asistencia jurídica y representación legal en la defensa de derechos

De forma sistemática diversos organismos internacionales y regionales de los derechos humanos han enfatizado que el asesoramiento jurídico y/o representación legal es vital para asegurar el debido proceso y el acceso a la justicia en condiciones de igualdad sustantiva. Más aún si las personas están privadas de su libertad y, por ello, en una situación de mayor vulnerabilidad frente a actos del poder estatal que puedan afectar y violentar gravemente sus derechos⁵.

En efecto, como señala el Proyecto de Observación General No. 5, tratándose de actos de privación de la libertad corresponde al Estado proporcionar “asesoramiento jurídico y representación legal gratuita a quienes carecen de medios para acceder a tales servicios”⁶. No obstante, es importante también precisar otros criterios y referir la calidad de los servicios jurídicos, así como la necesidad de especialización, en determinadas situaciones.

- *Criterios relevantes en la asistencia y representación legal*

En el Sistema Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado la obligación de proporcionar asistencia jurídica gratuita para casos concretos en atención a factores básicos como: a) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada, b) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso y c) la importancia de los derechos afectados⁷.

Lo anterior plantea una consideración reforzada del deber de asistencia jurídica a las personas que, por su condición o circunstancias particulares de vulnerabilidad, requieren de la adopción de acciones

³ Comité de los Derechos del Niño. Observación general No 6 (2005): *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 1 septiembre 2005, CRC/GC/2005/6, párr. 7-9.

⁴La jurisdicción es entendida como cualesquiera situaciones donde una persona se encuentre bajo la autoridad, responsabilidad y control de un Estado y, por tanto, contempla circunstancias y conductas extraterritoriales. Cfr. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18: *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección*. (Interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 30 mayo 2018, párr. 169 a 173.

⁵ Consultar, por ejemplo: Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. *Supra*, párr. 146; CIDH. *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría de Trabajadores Migratorios y sus Familias*, en Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000, párr. 99. D.; Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015, Serie C No. 303, párr.156.

⁶ Comité de Trabajadores Migratorios. Proyecto de Observación General No.5, Derecho a la libertad, párr. 79.

⁷ Cfr. Corte IDH. Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.164. Doc. 1477. Septiembre 2017, párr. 514.

afirmativas o medidas especiales para la garantía y protección de sus derechos. Así ha sido también analizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),

“toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón del cumplimiento por parte del Estado de los deberes de respeto y garantía de los derechos humanos [...] no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”⁸

Lo asentado es aplicable, entre otros grupos, a NNA trabajadoras migratorias o miembros de sus familias. Tanto la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 19 como la Convención sobre Derechos del Niño (CDN) desde su preámbulo, establecen la necesidad y compromiso de los Estados en proporcionar medidas de protección especial para la vigencia de sus derechos. Asimismo, el artículo 22 de la CDN refrenda este deber estatal respecto de NNA no acompañados o separados, quienes se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.

En NNA trabajadores migratorios y/o miembros de su familia, la asistencia y representación jurídica desempeña un papel fundamental, en especial, cuando son no acompañados o separados, ya que se encuentran particularmente expuestos a no acceder a sistemas de asesoramiento jurídico⁹, más aún si se encuentran privados de la libertad.

En opinión consultiva, la Corte IDH hizo explícita la necesidad de brindar asesoría a NNA inmersos en procesos migratorios: “Los Estados tienen la obligación de garantizar a toda niña o niño involucrado en un proceso migratorio la asistencia jurídica a través del ofrecimiento de servicios estatales gratuitos de representación legal”¹⁰. Por su parte, la CIDH coincide con el Relator Especial sobre derechos humanos de los migrantes¹¹ en afirmar que “los Estados tienen la obligación de garantizar que cualquier niño o niña involucrado en procedimientos migratorios tiene derecho a recibir asistencia jurídica gratuita”¹², incluso, la CIDH destaca también la importancia de que toda la niñez migrante, incluso la acompañada por un padre o tutor legal, pueda obtener su propio abogado y un acceso independiente al de sus padres¹³.

La asesoría jurídica y representación legal de NNA a cargo del Estado hace posible exigir que sus derechos sean protegidos, respetados y, cuando sea apropiado, restaurados. Asimismo, es relevante para la ejecución (o apoyo en la ejecución) de acciones legales diligentes en los procedimientos

⁸ CIDH. *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*, OEA/Ser.L/V/II.166, Doc. 206/17, 30 noviembre 2017, párr. 291.

⁹ Comité de los Derechos del Niño. Observación general Nº 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, *supra*, párr. 3.

¹⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Serie A No.21, 19 de agosto de 2014, párr. 130.

¹¹ CIDH. *Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados*. OAS/Ser.L/V/II.155 Doc. 16, 24 julio 2015, párr. 85, cita 95.

¹² Asamblea General Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, François Crépeau, 2 abril 2012, A/HRC/20/24, párr. 38.

¹³ Cfr. CIDH. *Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados, supra*, párr. 158.

judiciales o administrativos¹⁴. Además, constituye un apoyo independiente y especializado para garantizar que las acciones legales no violen los derechos del niño¹⁵.

- *Calidad y especialización*

Los servicios de asistencia jurídica y representación legal que proporcione el Estado a toda persona trabajadora migrante y sus familias deben garantizar no solo su gratuidad, sino también su calidad, lo que es aún más necesario cuando se trata de personas en situaciones de vulnerabilidad intersectorial como ocurre con NNA no acompañados y separados.

La referencia específica a la calidad de los servicios jurídicos es necesaria, principalmente por dos motivos. Primero, pone énfasis en que no es suficiente que los Estados nombren o designen a quien proporcione el servicio gratuito, es preciso que su actuación sea diligente, es decir, con la mayor oportunidad posibles, y proteja los derechos e intereses de la persona de quebrantos o lesiones¹⁶.

En segundo término, recuerda a los Estados el deber de adoptar, entre otras medidas, mecanismos de profesionalización de personal, así como de seguimiento, transparencia y monitoreo que velen por la calidad del servicio¹⁷. Todo ello con la finalidad de darle el sentido útil, oportuno y efectivo al que aluden organismos internacionales, como la Corte IDH, al precisar que “la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas”¹⁸.

Adicionalmente, tratándose de NNA no acompañados y separados, la calidad de la asistencia jurídica y representación legal también comprende conocimientos especializados en materia de infancia. El artículo 37 de la CDN señala que “todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada”. Esto implica que los proveedores de asistencia jurídica sean examinados minuciosamente y posean calificaciones específicas para trabajar con NNA, entendiendo sus necesidades y grados de desarrollo a fin de mejorar la capacidad de comunicación, propiciar un ambiente de confianza y evitar la retraumatización¹⁹.

También organismos internacionales han destacado la importancia de la especialización y formación con enfoque de infancia. El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados ha recomendado a los Estados que en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado se cuente con “representación letrada cualificada y gratuita o representación de otra índole para los niños no acompañados o separados de sus familias”²⁰.

¹⁴ Cfr. Oficina de la Defensoría de la Infancia (ODI). *Manual de Representación de Niñas, Niños y Adolescentes ¿Cómo representar a Niñas, Niños y Adolescentes en procedimientos administrativos y judiciales?*, mayo 2019, SNDIF-UNICEF, p. 26.

¹⁵ Id.

¹⁶ Cfr. Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. *Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 5 de octubre de 2015, Serie C No. 303, párr. 157

¹⁷ Consultar: KIND, Child Circle. *Advancing Protection for Unaccompanied Children in Europe by Securing Access to Free Quality Legal Assistance*, Working draft 28 October 2020 (*publicación en proceso*).

¹⁸ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 159

¹⁹ Cfr. KIND, Child Circle. *Advancing Protection for Unaccompanied Children in Europe by Securing Access to Free Quality Legal Assistance*, *supra*.

²⁰ ACNUR. *Conclusión N° 107 sobre los niños en situación de riesgo*, 5 octubre 2007, No. 107 (LVIII) - 2007, párr. g). viii)

▪ *Otras previsiones relevantes*

Es imperativo que las acciones para garantizar que NNA no acompañados o separados cuentan con asistencia jurídica y representación legal gratuita, de calidad y especializada sean cuidadosamente construidas, formal o materialmente, desde un enfoque de derechos, no así desde una visión tutelar.

Asimismo, los Estados deben adoptar medidas y mecanismos para asegurar que la asistencia jurídica y representación legal gratuitas y/o la rectoría del Estado en la protección de los derechos de NNA no acompañados y separados, no darán pie a justificar políticas o prácticas estatales que restrinjan y violenten sus derechos, su autonomía progresiva y participación en la toma de decisiones.

El principio de autonomía progresiva en el artículo 12 de la CDN “reconoce que los niños, niñas y adolescentes tienen la potestad de participar en las decisiones que los afectan, de expresar sus opiniones libremente y de que ellas sean debidamente consideradas en función de su edad y madurez”²¹. De tal suerte que, lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño en relación con los ajustes continuos en los niveles de apoyo y orientación que ejercen los padres, tutores u otras personas a cargo de NNA, debe ser observado también por el Estado, en el sentido de que la evolución en las facultades de aquéllos “debería considerarse un proceso positivo y habilitador” y no una excusa para prácticas que restrinjan su autonomía, tradicionalmente justificada en su relativa inmadurez²².

Si bien la aplicación del principio de autonomía progresiva no debe limitarse a una situación particular, sí debe observarse en cada situación concreta. El artículo 12 párrafo 2, concatenado con el principio de interés superior de la niñez del artículo 3 y los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, estos últimos relacionados con los artículos 8, 19 y 25 de la Convención Americana y su interpretación armoniosa, adquiere un carácter instrumental en el cumplimiento y la realización del derecho a la asistencia jurídica y los derechos de NNA trabajadoras migratorias y/o miembros de sus familias²³.

NNA tienen derecho a que, en atención a su desarrollo físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social se tomen en cuenta sus deseos y opiniones para elegir o designar a quien asesore o represente jurídicamente sus intereses en cualquier procedimiento administrativo o judicial²⁴, salvo causa justificada de contravenir su interés superior. Corresponde así al Estado el generar también las condiciones y mecanismos para preservar y asegurar el acceso de NNA a diversos medios de asesoramiento jurídico y representación legal gratuitas de su elección²⁵, sin que esto menoscabe o implique abandonar su obligación en brindar asesoramiento jurídico y proteger sus derechos.

²¹ Comisión IDH. *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*, Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc.233/19, 14 noviembre 2019, párr. 73

²² Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, UN Doc. CRC/GC/7/Rev. 1, 20 de septiembre de 2006, párr. 17.

²³ El Comité ha observado que “los Estados Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. CTM. Observación general conjunta No. 4 (2017) y No. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, 16 noviembre 2017, CMW/C/GC/4CRC/C/GC/23, párr.118.

²⁴ Cfr. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, supra, párr. 25.

²⁵ Comité de los Derechos del Niño. Observación general Nº 6 (2005): *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, supra, párr. 69.

A fin de garantizar el ejercicio progresivo y autónomo del derecho a la asistencia y representación legal, los Estados deben dar particular atención a que, como advierte el Comité, actores sociales como las organizaciones no gubernamentales (ONG), clínicas jurídicas universitarias, despachos gratuitos o firmas de abogados pro-bono, brindan servicios de manera gratuita a las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas, incluyendo NNA acompañados, no acompañados y separados.

Labor que exige de los Estados condiciones adecuadas de acceso a las personas en situación de migración y la adopción de acciones positivas para asegurar que NNA conozcan, opinen y puedan acceder a servicios gratuitos diversos de asesoría y representación jurídica en ejercicio de su derecho a la participación y autonomía progresiva. Ello como parte también de garantizar el derecho a contar con los medios y recursos necesarios para su defensa legal.

La libertad personal y realización de los derechos de niñas, niños y adolescentes en el marco de las políticas migratorias

Como acierta en reafirmar el Comité, el estándar internacional fijado por los instrumentos en derechos humanos y abordado por el mismo en la observación conjunta No. 4, entre otros organismos internacionales²⁶ es que: todo niño, niña y adolescente tiene el derecho fundamental a la libertad y a no ser privado de ella por motivos migratorios²⁷.

Es así apremiante que los Estados cumplan a cabalidad con el principio de no detención de NNA por tales motivos y que sus trabajos en seguimiento al Pacto Mundial sobre la Migración den importancia primordial a la erradicación rápida y completa²⁸ de esta política y práctica migratoria estatal, nociva para el desarrollo integral de la infancia y adolescencia en situación de movilidad humana.

Cabe agregar a lo precisado por el Comité que, si la privación de la libertad por motivos migratorios de NNA trabajadores migratorios y/o miembros de sus familias es desproporcionada e innecesaria, es siempre arbitraria. Además, en atención a los artículos 19 y 37 a) de la CDN y su complementariedad, la detención migratoria de NNA es una forma de violencia que constituye un trato cruel, inhumano y degradante, y que podría llegar a constituir tortura.

Hablamos de violencia porque conforme al artículo 19 de la CDN los Estados deben adoptar medidas apropiadas de toda índole para “proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental”, sea que esta se produzca en el ámbito de las relaciones familiares, sociales o con autoridades estatales. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que “la expresión ‘toda forma de perjuicio o abuso físico o mental’, no deja espacio para ningún grado de violencia legalizada contra niños”. Asimismo, señala que “la frecuencia, gravedad del daño e intención de causar daño no son requisitos

²⁶Consultar: CTM. Observación general conjunta No. 4 (2017) y No. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño, *supra*, párr. 5; Artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *Supra*, párr. 150 y 154.

²⁷ Párrafos 46 y 48 del Proyecto de Observación General No.5.

²⁸ El Relator de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Comité de los Derechos del Niño se han pronunciado en diversos momentos por esta erradicación. Ver: Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Felipe González Morales, *Poner fin a la detención de menores por razones de inmigración y proporcionarles cuidado y acogida adecuados*, Doc., A/75/183, 20 de julio de 2020, párr. 86 y también Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 20 (2016) *sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*, Doc. CRC/C/GC/20, 6 de diciembre de 2016, párr. 76

previos a las definiciones de violencia²⁹ y que la violencia contra los niños jamás es justificable, y siempre puede prevenirse³⁰.

La detención migratoria es una expresión clara del poder punitivo del Estado en el ámbito del control migratorio, de suerte que, por su naturaleza y características inherentes, se trata siempre de una experiencia amenazante, que causa temor y angustia a NNA, mayormente si no se encuentran acompañados de sus padres, tutores o cuidadores habituales. Asimismo, ya se reconoce y hay también suficiente evidencia científica sobre que “la detención, incluso por períodos cortos, tiene un efecto perjudicial y duradero en el desarrollo de un niño y en su bienestar físico y mental, y puede agravar traumas anteriores”³¹. Al provocar formas diversas de daño o perjuicio mental o psicológico³², es entonces un acto de violencia que, en ocasiones, es legalizado por los Estados.

Ahora bien, es un trato cruel, inhumano y degradante porque este concepto consiste esencialmente en “infligir dolor y sufrimiento de manera ilegítima por parte de agentes del Estado”³³, y se caracteriza por “una ausencia de intención deliberada o instrumentalización del dolor y sufrimiento con un propósito determinado”³⁴. El Relator de Naciones Unidas especializado en la materia entiende como “dolores o sufrimientos” a aquellos “tanto físicos como mentales, incluida la humillación y la angustia emocional”³⁵ y por ilegítima a aquella actuación que es arbitraria por carecer de justificación razonable y finalidad legítima.

De tal suerte que si la detención de niñas, niños y adolescentes por motivos meramente migratorios es siempre arbitraria³⁶, contraria a su interés superior³⁷, violatoria *per se* de los derechos que les son reconocidos³⁸ por los Estados y, adicionalmente, genera un daño mínimamente exógeno prevenible e injustificable en su bienestar y desarrollo emocional y/o psicológico, entonces esta forma específica de violencia estatal constituye siempre una violación a la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Asimismo, señala el Relator Especial, los factores que permiten distinguir los tratos crueles, inhumanos y degradantes de la tortura “no son la intensidad del sufrimiento ocasionado, sino el propósito

²⁹ Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N° 13, supra*, párr. 17.

³⁰ *Id.*, párr.3 a.

³¹ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Felipe González Morales, *Poner fin a la detención de menores por razones de inmigración y proporcionarles cuidado y acogida adecuados*, *supra*, párr. 26.

³² Cfr. Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N° 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, 18 abril 2011, Doc. CRC/C/GC/13, párr.4

³³ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nils Melzer, *Uso de la fuerza al margen de la detención y prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Doc. A/72/178, 20 de julio de 2017, párr. 33.

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*, párr. 27

³⁶ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-21/14, supra*, párr.154

³⁷ Comité sobre los Derechos del Niño, informe del día de debate general 2012, *los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional*, 28 de septiembre de 2012, párr. 78; Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan E. Méndez, 5 de marzo de 2015, Doc. A/HRC/28/68, párr. 80

³⁸ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Felipe González Morales, *Poner fin a la detención de menores por razones de inmigración y proporcionarles cuidado y acogida adecuados*, *supra*, párr. 24.

perseguido, la intención del perpetrador y la impotencia de la víctima”³⁹. De forma tal que, la privación de la libertad de niñas, niños y adolescentes no acompañados y separados por motivos meramente migratorios podría constituir tortura si en su instrumentalización existe una intención deliberada de infringir dolor o sufrimiento para lograr un propósito particular como la intimidación o el castigo, aprovechándose de la situación de desigualdad en que se encuentra la infancia y adolescencia en cuestión.

Por todo lo anterior, es prioritario erradicar la no detención de NNA por motivos exclusivamente de índole migratoria y avanzar en el compromiso de los Estados de implementar medidas alternativas a la detención. En ese sentido, el Estado debe asegurar que, en primera instancia, NNA permanezcan con sus padres, tutores legales o familiares más próximos en lugares con condiciones no privativas de la libertad. Tratándose de niñez y adolescencia no acompañada o separada: las instancias competentes deben garantizar su estancia en lugares destinados a proporcionarles cuidados y proteger sus derechos y, a la mayor prontitud, evaluar y adoptar modalidades de cuidado que respeten el principio de unidad familiar e interés superior.

Existen diversos modelos de cuidados alternativos para garantizar que NNA no acompañados cuenten con opciones de acogida basadas en la familia y la comunidad. Cuando preservar los cuidados y protección de padres, tutores legales o cuidadores habituales no sea posible o compatible con el interés superior de la infancia, deben implementarse modalidades familiares, tales como: el acogimiento de familia extendida por consanguinidad o afinidad y el acogimiento familiar u hogares de guarda, entre otras formas en entorno familiar⁴⁰. Solo si no es posible el acogimiento familiar, se debe valorar el acogimiento residencial que ocurre en un entorno colectivo y no familiar como los albergues para la atención de emergencias y todos los demás centros de acogimiento residencial a corto y largo plazo, así como el alojamiento independiente y tutelado⁴¹.

Corresponde a las autoridades dedicadas al bienestar y protección de derechos, el evaluar las diferentes opciones disponibles en cada caso concreto a fin de responder y definir en forma adecuada, oportuna y expedita a las necesidades, circunstancias e interés superior de NNA.

- *El papel de los organismos nacionales y locales de protección a derechos del Niño.*

Derivado de las obligaciones contenidas en la CDN, los Estados deben desarrollar y construir un andamiaje institucional y órganos o mecanismos responsables para la ejecución de las políticas, estrategias y acciones concretas para la efectiva garantía y protección de los derechos de NNA⁴².

Corresponde a cada Estado la definición de sus sistemas de protección a la infancia, pero es necesario que las estrategias orientadas a la atención especial de determinados grupos como la niñez y adolescencia migrante, “se articulen con la Política Nacional para la Niñez para evitar la fragmentación de las intervenciones y se puedan diseñar acciones integrales y coordinadas, más coherentes, eficaces y eficientes”⁴³. Ello evita “crear condiciones adicionales de exclusión, estigmatización y revictimización

³⁹ Id. Párr. 30

⁴⁰ Asamblea General Naciones Unidas. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, *Resolución aprobada por la Asamblea General*, 24 febrero 2010, Doc. A/RES/64/142, párr. 28, c)

⁴¹ Id.

⁴² Cfr. CIDH. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, *Supra*, párr. 55, 62.

⁴³ Id., párr. 83.

para estos niños y niñas a través de un tratamiento separado, a menos que ello sea necesario o redunde en su interés superior”⁴⁴.

De ahí que especialistas como el Relator Especial de Naciones Unidas para personas Migrantes, recomienda a los Estados integrar a NNA no acompañados en los sistemas nacionales de protección de la infancia sin discriminación y, además, enfatiza que “Son las autoridades encargadas de la protección de la infancia y el bienestar social, más que las autoridades de inmigración, quienes deberían asumir la responsabilidad principal del cuidado y la seguridad de los niños migrantes. Las autoridades de protección de la infancia deberían ser informadas e involucrarse desde el principio en la identificación de un niño migrante no acompañado o separado”⁴⁵.

En este sentido, como se advierte del Proyecto a la Observación General No. 5, las instituciones y autoridades responsables de la protección a la infancia tienen un carácter esencial en el diseño y la aplicación de las políticas migratorias⁴⁶, a fin de evaluar en forma detallada su impacto en la niñez y adolescencia⁴⁷ y así, en última instancia, garantizar que tales políticas no entren en conflicto ni se anteponen al interés superior de la infancia y la realización efectiva e integral de sus derechos.

A tal efecto, los Estados deben garantizar también que las políticas migratorias, de protección a los derechos de la infancia u otras que resulten pertinentes en el contexto de cada Estado “autoricen a las autoridades responsables de su protección y bienestar a actuar de inmediato cuando se detecte a niños migrantes, acompañados o no”⁴⁸, con miras a adoptar las medidas apropiadas para proteger sus derechos, incluyendo la libertad personal.

Tales autoridades deberían asumir la responsabilidad principal del cuidado y la seguridad de NNA no acompañados orientadas a identificar, evaluar e implementar soluciones sostenibles de forma oportuna y apropiada en cada caso. Así, deben también participar en el diseño e implementación de los lugares y modalidades de cuidado alternativo para la estancia de la niñez y adolescencia no acompañada. Ello a fin de asegurar que tales lugares no se traducirán en la práctica en una privación material de la libertad, aunque esos lugares no sean oficialmente centros de detención, ni tampoco se erigirán en extensiones de detención por motivos migratorios.

En este sentido, es fundamental distinguir la prohibición de detención por motivos migratorios, del deber de proporcionar asistencia especializada a la niñez y adolescencia en situación de migración a fin de garantizar la efectiva protección de sus derechos, incluyendo, los relativos a determinar la opción de cuidado procedente, de conformidad con el principio de interés superior.

Conclusiones

1. La observación general del Comité aborda y clarifica el sentido y alcance las obligaciones estatales en materia de protección, respecto, garantía y protección del derecho a la libertad personal de las

⁴⁴ Id.

⁴⁵ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Felipe González Morales, párr. 86, c)

⁴⁶ Párrafo 51, del Proyecto de Observación General del Comité de los trabajadores migratorios.

⁴⁷ Consultar: CIDH. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc.206/17, 30 de noviembre de 2017, párr.94 y ss.

⁴⁸ Proyecto de Observación General No.5

niñas, niños, adolescentes de forma consistente con las disposiciones de la Convención sobre trabajadores migratorios y familiares, así como de otros instrumentos y estándares internacionales en materia de derechos humanos y de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2. En el contexto de la detención de inmigrantes, los trabajadores migratorios y sus familiares tienen derecho a gozar de asesoramiento jurídico y representación legal, que el Estado proporciona gratuitamente a las personas que carecen de medios, así como a las que se encuentran en situación de vulnerabilidad, asegurando así la plena efectividad de los derechos al debido proceso y al acceso a la justicia.

3. Sin menoscabo de las obligaciones estatales de asesoramiento jurídico y representación legal, los Estados deben adoptar acciones y asegurar que las niñas, niños y adolescentes migrantes conozcan, opinen y puedan acceder, en el ejercicio de su autonomía progresiva, a servicios de asesoría y representación legal disponibles.

4. El Comité considera que la detención de niños por motivos relacionados con su condición de inmigrantes —ya se trate de niños no acompañados o separados o de niños que migran con fines de reunificación familiar— nunca redundará en el interés superior del niño. Incluso un breve período de detención puede constituir un perjuicio o forma de violencia contra la niñez y un trato cruel, inhumano o degradante.

5. En entendimiento del sentido y alcance de lo dispuesto por el párrafo 50, los lugares destinados al cuidado y protección niños no acompañados no sólo no deben traducirse en la práctica en una privación material de la libertad, tampoco deben convertirse en extensiones de lugares de detención por motivos migratorios.

6. Niñas, niños y adolescentes no acompañados deben ser confiados al cuidado de sus familiares o bien, de profesionales y proveedores de cuidado y bienestar infantil debidamente capacitados y, en todo caso, corresponde a los Estados garantizar la observancia al principio de unidad familiar acorde al interés superior de la niñez, así como otras modalidades apropiadas de cuidado alternativo, familiares o en su defecto comunitarias, que satisfagan la protección de sus derechos.

7. Corresponde a las autoridades responsables de la protección de los derechos de la infancia y el bienestar social, más que a las autoridades de inmigración, asumir la responsabilidad principal del cuidado y la seguridad de niñas, niños y adolescentes no acompañados, así como la protección efectiva su derecho a la libertad personal.

8. Las instituciones y autoridades responsables de la protección a la infancia tienen un carácter esencial en el diseño y la aplicación de las políticas migratorias y la evaluación de su impacto en la niñez y adolescencia migrante. Tales políticas no deben entrar en conflicto ni anteponerse al interés superior de la infancia y la realización integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes en situación de migración.

Información de contacto:

lfrydman@supportkind.org

ecoriamarquez@supportkind.org